



Konkurransklagenemnda

Konkurransklagenemndas vedtak V05-2021 - 22. desember 2021

Sak: 2021/1198

Klager: St1 Norge AS

Prosessfullmektig: Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS v/advokat Jan Magne Langseth og advokat Erik M. Klevmo

Konkurransklagenemndas medlemmer:

Elisabeth Styrvold Wiggen, Ronny Gjendemsjø og Tore Lunde

1 Sakens bakgrunn

1.1 Innledning

- (1) Konkurransetilsynet traff 8. juni 2021 vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr til St1 Norge AS (heretter «St1») for å ha brutt den pålagte opplysningsplikten gitt med hjemmel i konkurranseloven § 24. Konkurransetilsynet la til grunn at St1 skulle ha opplyst om leieavtalen for Best Kyrksæterøra innen en angitt frist som følger av Konkurransetilsynets pålagte opplysningsplikt om foretakssammenslutninger i det norske drivstoffmarkedet. Konkurransetilsynet besluttet å ilegge St 1 Norge et overtredelsesgebyr på 3 millioner kroner jf. konkurranseloven 29 første ledd bokstav c.
- (2) St1 besluttet å klage på vedtaket til Konkurransklagenemnda. Konkurransetilsynet mottok 12. juli 2021 klage på vedtaket. Konkurransetilsynet vurderte klagen, men konkluderte med at den ikke ga grunnlag for å endre eller oppheve vedtaket, jf. lov om behandlingssåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 33.
- (3) Konkurransetilsynets innstilling, klagen og sakens dokumenter ble oversendt Konkurransklagenemnda 2. august 2021.
- (4) St1 innga merknader til Konkurransetilsynets innstilling i brev 9. august 2021. Konkurransetilsynet innga nye merknader til klagers kommentarer i brev 2. september 2021.
- (5) På grunn av at klagen er begrenset til spørsmålet om skyldkrav og eventuell utmåling anså ikke Konkurransklagenemnda det som nødvendig at det ble avholdt planmøte eller muntlig høring i saken. Klager har i e-post 20. august 2021 bekreftet at heller ikke klager anså det som nødvendig med planmøte eller muntlig høring i saken.
- (6) Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd kan Konkurransklagenemnda prøve alle sider av saken. Dette betyr at nemnda kan prøve både faktum, saksbehandling,

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

rettsanvendelse og skjønn. Etter forvaltningsloven § 34 siste ledd første punktum kan nemnda treffe nytt vedtak i saken.

1.2 Sakens faktiske forhold

- (7) Beskrivelsen av klager og faktum bygger på Konkurransetilsynets vedtak. Klager har i klagen sluttet seg til beskrivelsen av de faktiske forhold i vedtaket.¹ Konkurranseskjennemnda legger derfor denne beskrivelsen til grunn i det følgende. Nemnda viser til Konkurransetilsynets vedtak for en mer utfyllende beskrivelse.

1.3 St1 Norge AS

- (8) St1 er et heleid datterselskap av St1 Norge Group AS, som igjen er et heleid datterselskap av det finske konsernet St1 Nordic Oy. Virksomheten i St1 Norge består hovedsakelig i salg av drivstoff til slutt kunder, herunder fra Shell-stasjoner. St1 Norge har et heleid datterselskap, Nemob AS, som står for drift av Shell-stasjoner på vegne av St1 Norge, men for enkelte stasjoner inngår St1 Norge separate driftsavtaler (såkalt «Retail Business Agreement») med eksterne selskaper.¹ St1 Nordic Oy overtok samtlige Shell stasjoner i Norge gjennom oppkjøpet av Smart Fuel AS i 2015. Fra 1. januar 2019 ble 84 Shell/7-eleven stasjoner overført fra St1 Norge AS til Scandinavian Fuel Infrastructure Norway AS.
- (9) Blakstad Auto AS er en kombinert bilforhandler og bilverksted på Kyrksæterøra i Heim kommune i Trøndelag. Virksomheten omfatter blant annet drift av stasjonen Best Kyrksæterøra, som tilbyr drivstoff, kioskvareer, bilvask og andre tjenester.
- (10) Det fremgår av opplysningene fra St1 i e-post til Konkurransetilsynet 25. januar 2019 at det ble inngått endelig avtale for leie av Best Kyrksæterøra 6. juli 2018. Videre fremgikk det at St1 leide stasjonen av Blakstad Eiendom AS. Leieavtalen hadde en minstevarighet på ti år, med opsjon for St1 på forlengelse av leieperioden i ytterligere to perioder på fem år hver. Det ble også opplyst at stasjonen skal drives av en ekstern forhandler.
- (11) Av leieavtalen fremgikk det at St1 overtok driften av Best Kyrksæterøra 1. januar 2019.
- (12) Konkurransetilsynet hadde ikke kompetanse til å pålegge melding for ervervet av Best Kyrksæterøra, da Konkurransetilsynet ble kjent med oppkjøpet 14. januar 2019, og fristen for å pålegge melding utløp tre måneder etter at endelig avtale var inngått, jf. konkurranseloven § 18 tredje ledd andre og tredje punktum.

1.4 Pålagt opplysningsplikt – konkurranseloven § 24

- (13) Konkurransetilsynet har med hjemmel i konkurranseloven § 24 pålagt St1 opplysningsplikt om foretakssammenslutninger i det norske drivstoffmarkedet. Opplysningsplikten gjelder alle foretakssammenslutninger som St1, eller øvrige foretak i samme konsern, er involvert i, og som ikke er meldepliktige etter konkurranseloven § 18 annet ledd. Pålegget er gitt for at Konkurransetilsynet skal kunne vurdere om det er aktuelt å pålegge meldeplikt etter konkurranseloven § 18 tredje ledd. Bakgrunnen for pålegget er at Konkurransetilsynet har konkludert med at konkurransen i

¹ Klagen s. 2

drivstoffmarkedet er vesentlig begrenset, og at St1 er en betydelig aktør i dette markedet.²

- (14) Opplysningsplikten har ifølge de oversendte påleggene Konkurransklagenemnda har mottatt, vært løpende for St1 siden 1. januar 2017. Pålegget ble første gang gitt i brev 21. desember 2016, og har siden blitt forlenget ved brev 17. desember 2018 og 17. desember 2020. Det er informasjonspålegget av 21. desember 2016 som var gjeldende da St1 Norge ervervet Best Kyrksæterøra. Ifølge pålegget gitt i brev 21. desember 2016 gjaldt det aktuelle pålegget for perioden 1. januar 2017 og frem til 31. desember 2018.
- (15) Det følger av pålegget 21. desember 2016 at opplysningsplikten omfatter «*samtliges foretakssammenslutninger der St1 Norge AS eller øvrige foretak i samme konsern varig overtar kontroll over eller fusjonerer med, et eller flere andre foretak i det norske drivstoffmarkedet, jf. konkurranseloven § 17*».
- (16) *Opplysningsplikten innebærer at St1 skal inngi en beskrivelse av foretakssammenslutningen, herunder skal det som et minimum angis hvem som er parter og tidspunktet for gjennomføringen av foretakssammenslutningen.*
- (17) *I tilfeller hvor Konkurransetilsynet mottar opplysninger i medhold av gjeldende pålegg, vil tilsynet senest innen 15 virkedager etter at opplysningene er mottatt varsle St1 dersom pålegg om meldeplikt etter konkurranseloven § 18 tredje ledd kan bli aktuelt.»³*
- (18) I begrunnelsen for pålegget står blant annet:
- (19) «*Konkurransetilsynet konkluderte i vedtaket i St1 - Smart Fuel med at konkurransen i drivstoffmarkedet er vesentlig begrenset. Bakgrunnen for dette er blant annet at markedsforholdene legger til rette for koordinering og at Konkurransetilsynet vurderer det dithen at aktørene i markedet koordinerer sin markedsadferd. Det er videre Konkurransetilsynets vurdering at markedet er konsentrert. I lokalmarkeder vil selv en foretakssammenslutning mellom St1 og en enkelt stasjon kunne føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, jf. konkurranseloven § 16. Videre vil oppkjøp av enkeltstasjoner i lokalmarkeder kunne medføre en svekket nasjonal konkurranse*».
- (20) «*På bakgrunn av omsetningsverdiene knyttet til den enkelte bensinstasjon, vil foretakssammenslutninger i lokalmarkeder normalt ikke være meldepliktige etter konkurranseloven § 18 første og annet ledd. For at Konkurransetilsynet fortsatt skal kunne føre et effektivt tilsyn med konkurransen i markedet, anser tilsynet det som nødvendig å pålegge St1 opplysningsplikt om foretakssammenslutninger som er unntatt meldeplikt etter konkurranseloven § 18 annet ledd*».
- (21) I slutten av pålegget opplyses det om kontaktpersoner, med telefonnummer og e-postadresse i Konkurransetilsynet ved eventuelle spørsmål til pålegget.

² Vedtak V2015-29 - St1 Nordic OY – Smart Fuel AS

³ Pålegg fra Konkurransetilsynet 21. desember 2016 s. 2.

2 Klagers og Konkurransetilsynets anførsler

2.1 Klagers hovedanførsler

- (22) St1 har i hovedsak gjort gjeldende:
- (23) St1 har ikke forsettlig brutt opplysningsplikten i konkurranseloven § 24. Overtredelsen er derfor i høyden uaktsom, og ligger uansett eventuelt helt i det nedre sjikt for hva som kan anses uaktsomt.
- (24) Hva Konkurransetilsynet faktisk «krever» av opplysninger gjennom et pålegg, jf. § 24, er en objektiv faktisk omstendighet som gir grunnlag for å treffe en konklusjon om manglende opplysninger om leieavtalen på Kyrksæterøra innen fristen, utgjør et brudd på opplysningsplikten. Verken St1, eller noen som har handlet på St1s vegne, har hatt sannsynlighetsforsett med hensyn til det objektive vilkåret i § 24 knyttet til at den manglende opplysningen var noe «disse myndigheter krever». Det er dermed feil rettsanvendelse når tilsynet synes å ha lagt til grunn at forsettet ikke må dekke dette.
- (25) Konkurransetilsynet har dermed ikke bevist med klar sannsynlighetsovervekt at forsettet dekker alle vilkårene i sanksjonsbestemmelsen, som i denne saken er konkurranseloven § 29 bokstav c, jf. konkurranseloven § 24. Det finnes ingen faktiske holdepunkter for å slutte at St1 forsettlig har brutt opplysningsplikten. Tvert imot kan det slutes fra de ytre omstendighetene i saken, basert på sunn fornuft og allment aksepterte erfaringssetninger, at St1 faktisk ikke kan ha vært klar over, eller holdt det for mest sannsynlig, at leieavtalen var omfattet av det Konkurransetilsynet hadde krevd, på det aktuelle handlingstidspunktet i saken, den 11. juli 2018, da opplysningene senest skulle vært gitt.
- (26) Hvis klagen tas til følge i form av at det legges til grunn at overtredelsen kun har vært uaktsom, må dette ifølge klager innebære at overtredelsen uansett er langt mindre grov enn det som er lagt til grunn i vedtaket for utmåling av gebyret. Dermed må overtredelsesgebyret på NOK 3 millioner reduseres betydelig.

2.2 Konkurransetilsynets anførsler

- (27) Konkurransetilsynet har i hovedsak gjort gjeldende:
- (28) Det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at det objektivt sett forelå et brudd på opplysningsplikten som St1 var pålagt.
- (29) Forsettet dekker alle faktiske forhold som gjør at det foreligger brudd på opplysningsplikten.
- (30) Den uvitenhet som klager påberoper seg utgjør en rettsuvitenhet, og det foreligger ikke en aktsom rettsuvitenhet. For det tilfellet at den skal karakteriseres som faktisk uvitenhet, er Konkurransetilsynet grunnleggende uenig i eksempelet fra forarbeidene klager viser til, som gjelder en ren språklig feiltakelse. Konkurransetilsynet bestrider at eksempelet kan overføres til overtredelsen og skyldvurderingen i foreliggende sak.
- (31) I relasjon til utmåling er graden av utvist skyld det eneste momentet klager har hatt innsigelser til. Konkurransetilsynet opprettholder vurderingen av at det foreligger en forsettlig overtredelse, men utvist skyld utgjorde likevel ikke et særlig tungtveiende

moment i vurderingen. Dette førte til at Konkurransetilsynet ga et langt lavere gebyr enn det som først var varslet. Det utmålte gebyret må derfor opprettholdes.

3 Konkurranseskjemenemndas vurdering

3.1 Brudd på opplysningsplikten i konkurranseloven § 24

3.1.1 Anførsler og rettslig utgangspunkt

- (32) Klager har selv lagt til grunn at det foreligger et objektivt brudd på opplysningsplikten. Konkurranseskjemenemnda må likevel vurdere om opplysningsplikten ble brutt.
- (33) Det følger av konkurranseloven § 24 første ledd at *«[e]nhver plikter å gi konkurransemyndighetene de opplysninger som disse myndigheter krever for å kunne utføre sine gjøremål etter loven eller for å kunne oppfylle Norges folkerettslige avtaler med en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon. Opplysningene kan kreves gitt skriftlig eller muntlig innen en fastsatt frist både fra enkelte og fra grupper av foretak og kan nedtegnes og lagres som lydopptak»*, jf. konkurranseloven § 8 første ledd.
- (34) Pålegget fra Konkurransetilsynet var gitt med hjemmel i konkurranseloven § 24. I det aktuelle pålegget fremgikk det som nevnt i punkt 1.4, at St1 skulle informere om:
- «samtlige foretakssammenslutninger der St1 Norge AS eller øvrige foretak i samme konsern varig overtar kontroll over eller fusjonerer med, et eller flere andre foretak i det norske drivstoffmarkedet, jf. konkurranseloven § 17»*
- (35) Det følger av konkurranseloven § 17 tredje ledd bokstav a at kontroll oppnås gjennom *«rettigheter, avtaler eller andre midler som enkeltvis eller sammen, de faktiske eller juridiske forhold tatt i betraktning, gir mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet, særlig eiendomsrett eller bruksrett til et foretaks samlede aktiva eller deler av dem»*.
- (36) Tredje ledd angir at kontroll kan oppnås gjennom rettigheter, avtaler eller andre midler og angir eksempler på hva slags rettigheter som rammes av reglene. Det er uttrykkelig nevnt at en mulighet for kontroll er å erverve en bruksrett. Konkurranseloven § 17 tredje ledd tilsvarer fusjonsforordningen artikkel 3 nr. 3. Dette fremgår også av forarbeidene til konkurranseloven, hvor det uttales at begrepet er ment å tilsvare EU/EØS reglene, og at eksisterende og fremtidig praksis, samt tolkningsveiledninger osv. dermed får direkte betydning for innholdet i de norske reglene.⁴
- (37) Hva som ligger i at kontroll overtas på avtalerettslig grunnlag, er nærmere presisert i Kommisjonens konsoliderte juridiksjonsmeddelelse.⁵
- «In order to confer control, the contract must lead to a similar control of the management and the resources of the other undertaking as in the case of acquisition of shares or assets. In addition to transferring control over the management and the resources, such contracts must be characterised by a very long duration (ordinarily without a possibility of early termination for the party granting the contractual rights). Only such contracts can result in a structural change in the market»*.

⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) til § 17 definisjon av foretakssammenslutning, s. 217

⁵ Konsoliderte juridiksjonsmeddelelse (2008) OJ C95/1 avsnitt 18

(38) Formålet med kontrollbegrepet er å omfatte transaksjoner som fører til en endring av hvem som kan utøve avgjørende innflytelser over et foretak, altså muligheten til å kontrollere de strategiske og kommersielle beslutningene til foretaket.⁶

(39) I EU-domstolens sak Aer Lingus uttalte domstolen at:

*«[t]hat power to control is the possibility of exercising decisive influence on an undertaking, in particular where the undertaking with that power is able to impose choices on the other in relation to its strategic decisions», jf. sak T-411/07 Aer Lingus avsnitt 63».*⁷

(40) Kommisjonen har i sin praksis lagt til grunn at avtaler på 10 til 15 års varighet er lange nok til at de medfører en varig strukturendring.⁸

3.1.2 Konkurransklagenemndas vurdering

(41) Det følger av ovennevnte at avtalen må gi kontroll over virksomheten, i form av blant annet ledelse og strategiske og kommersielle beslutninger til foretaket. Det følger av leieavtalen at St1 oppnår kontroll over både eiendom og drivstoffteknisk utstyr. Blant annet inngår butikklokale, bilvask og andre lokaler for drift av bensinstasjon. Det følger videre av leieavtalens punkt 16, at St1 overtar arbeidsgiveransvaret for de ansatte.

(42) Det følger videre at avtalen må være karakterisert av lang varighet, normalt uten mulighet for tidlig oppsigelse fra den som gir slike rettigheter. I dette tilfellet er det inngått en leiekontrakt med minst [redacted] I tråd med praksis fra Kommisjonen er dette ansett som særlig lang varighet.

(43) Etter Konkurransklagenemndas vurdering innebærer leieavtalen i realiteten full overtakelse av drift av bensinstasjon med ansatte, lokaler og utstyr. I tillegg vil også strategiske og kommersielle beslutninger knyttet til drift av bensinstasjonen ligge hos St1. Avtalen er derfor av en slik karakter at den er å anse som en foretakssammenslutning.

(44) Det følger av ordlyden i pålegget at samtlige foretakssammenslutninger der St1 Norge AS eller øvrige foretak i samme konsern varig overtar kontroll over ett eller flere foretak i det norske drivstoffmarkedet, er omfattet av pålegget.

(45) Konkurransklagenemnda finner det derfor bevist med klar sannsynlighetsovervekt at leiekontrakten St1 Norge AS inngikk med Blakstad Eiendom AS, var omfattet av pålegget, og at det ved inngåelsen av avtalen skulle vært gitt melding til Konkurransetilsynet i tråd med pålegget. At det foreligger en objektiv overtredelse av pålegget, er som nevnt heller ikke omstridt.

⁶ Alison Jones og Brenda Sufrin, *EU Competition Law fifth Edition* s. 1141.

⁷ Sak T-411/07 Aer Lingus avsnitt 63

⁸ Kommisjonens vedtak - M.3858 Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien

3.2 Skyldkravet i konkurranseloven § 29 første ledd jf. konkurranseloven § 29 bokstav c

3.2.1 Klagers anførsler

- (46) Det bestrides at det er tilstrekkelig for å etablere klar sannsynlighetsovervekt for forsettlig brudd på opplysningsplikten at St1 på avtaletidspunktet i 2018 var kjent med både pålegget og avtalen for Best Kyrksæterøra, all den tid St1 på dette tidspunktet ikke var klar over, eller holdt det for mest sannsynlig, at opplysninger om denne avtalen faktisk var omfattet av det Konkurransetilsynet hadde krevd gjennom pålegget.
- (47) St1 har misforstått innholdet og rekkevidden av pålegget på grunn av en språklig feiltakelse av begrepet «foretakssammenslutning». St1 har ikke forstått begrepet til å omfatte en leieavtale, slik begrepet også språklig sett henspiller på en sammenslutning mellom foretak (oppkjøp og fusjoner av og mellom foretak). At St1s forståelse ikke var riktig, er en annen sak. I relasjon til den aktuelle sanksjonsbestemmelsen må dette bedømmes som faktisk uvitenhet. Dette hadde vært annerledes hvis St1 f.eks. hadde misforstått påleggets innhold fordi de trodde at et pålegg ikke var bindende. St1 har henvist til diverse litteratur i strafferetten for å underbygge dette.
- (48) Konkurransetilsynets tilnærming hadde vært riktig hvis saken i stedet handlet om brudd på f.eks. meldeplikten og gjennomføringsforbudet under sanksjonsbestemmelsen i konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a, jf. §§ 18 første ledd og 19 første ledd. I en slik sak ville St1s misforståelse av begrepet «foretakssammenslutning», dvs. en uvitenhet knyttet til en rettslig kvalifikasjon under loven, og dermed en villfarelse med henhold til innholdet av den rettsregelen som var brutt, måtte bedømmes som rettsuvitenhet, og forsettet måtte ikke dekke dette. Saken handler imidlertid ikke om dette, men om at St1 har misforstått innholdet av et enkeltvedtak (her: i form av pålegget fra 2016). Sakens sanksjonsbestemmelse er ikke pålegget som sådan, men konkurranseloven § 29 første ledd bokstav c, jf. § 24. St1s misforståelse og uvitenhet handler ikke om noen kvalifikasjon av hva «disse myndigheter krever» – som er et vilkår i sanksjonsbestemmelsen – rettslig sett betyr.
- (49) Dels skyldes den uriktige konklusjonen en sammenblanding av alminnelig forsett med andre typer av forsett, og en forfeilet innblanding av rettsvillfarelse i vurderingen av forsett, uten å klargjøre hvilken type forsett som angivelig er blitt bevist med klar sannsynlighetsovervekt. Det bestrides at andre og mer avledede former for forsett enn alminnelig forsett, slik som f.eks. eventualitetsforsett (*dolus eventualis*), kan omfattes av forsettsbegrepet i konkurranseloven § 29 første ledds forstand.
- (50) Det mer presise innholdet i forsettsbegrepet, slik dette skal forstås i konkurranseloven § 29 første ledds forstand, er ikke fullt ut klarlagt i konkurranselovens forarbeider, utover at det vises til at det for oppfyllelsen av skyldkravet ved forsett eller uaktsomhet, ikke er nødvendig at foretaket har hatt positiv kjennskap til at handlingen var ulovlig, og at det dermed er tilstrekkelig at foretaket «ikke kunne være uvitende» om at den aktuelle handlingen kunne være konkurransebegrensende. Uttalelsene i forarbeidene knytter seg imidlertid til brudd på adferdsreglene, og det finnes dermed ingen reell veiledning i forarbeidene for en vurdering av forsett ved brudd på opplysningsplikten.
- (51) Det bestrides ikke at St1, ved å rådføre seg eksternt med advokat eller ved å be om klargjøringer fra Konkurransetilsynet, ville ha blitt klar over at allerede avtalen fra 2018 faktisk var omfattet av de opplysninger som Konkurransetilsynet hadde krevd. Uten å

ha rådført seg, var St1 faktisk ikke klar over at en tidsbegrenset leieavtale kunne gi en tilstrekkelig varig kontroll til å måtte sidestilles med et erverv av aksjer eller andeler i et foretak. St1s unnlattelse av å rådføre seg slik kan ha vært uaktsom. Det kan derimot ikke etableres forsett basert på at selskapet ville ha blitt klar over, eller holdt dette for sannsynlig, gjennom å innhente ekstern rådgivning, da dette faktisk aldri ble gjort av St1 ved fristutløpet i saken den 11. juli 2018.

- (52) Som et tilleggsmoment anføres det endelig at dersom tilsynets forsettsvurdering legges til grunn som riktig i saken, så er det vanskelig å se hvilken selvstendig betydning uaktsomhetsalternativet under § 24 skal kunne få i praksis. En slik forsettsvurdering vil i realiteten nærme seg et objektivt ansvar fordi det da normalt vil være tilstrekkelig at Konkurransetilsynet har krevd opplysninger, og at foretaket ikke har besvart kravet på den måten Konkurransetilsynet selv hadde forutsatt.
- (53) Enhver skal bedømmes etter sin oppfatning av den faktiske situasjonen på handlingstidspunktet, og enten vedkommendes uvitenhet karakteriseres som en faktisk uvitenhet eller rettsuvitenhet, er det ikke grunnlag for å etablere forsett. Dette følger forutsetningsvis av at slik uvitenhet uansett bare straffes når denne er uaktsom, gitt at uaktsomhet rammes, sml. straffeloven §§ 25 og 26.

3.2.2 Konkurransetilsynets anførsler

- (54) Konkurransetilsynet legger til grunn at forsettskravet er oppfylt. Konkurransetilsynet viser til at det i norsk rett ikke er tvilsomt at forsett kan foreligge selv om foretaket ikke er kjent med at den aktuelle handlingen er ulovlig eller tror at man handler legitimt. Uvitenhet om at inngåelsen av den konkrete leieavtalen var å anse som en foretakssammenslutning, og dermed omfattet av pålegget, er derfor ikke avgjørende for vurderingen av om det foreligger en forsettlig overtredelse. Konkurransetilsynet kan heller ikke se at det har noen betydning for vurderingen av skyld at leieavtalen ikke påvirket konsentrasjonen i markedet, da pålegget om opplysningsplikt uttrykkelig gjelder samtlige foretakssammenslutninger.
- (55) Det foreligger uansett ikke faktisk eller rettslig villfarelse.

3.2.3 Rettslig utgangspunkt – forsett

- (56) Det følger av konkurranseloven § 29 første ledd at *«[e]t foretak eller en sammenslutning av foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller sammenslutningen av foretak eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt»* unnlater å etterkomme pålegg etter §§ 18 tredje eller femte ledd, 24 eller 25 jf. bokstav c.
- (57) Som redegjort for under punkt 3.1 har St1 unnlatt å etterkomme et pålegg etter konkurranseloven § 24.
- (58) Konkurranseskjemenemnda legger til grunn at Høyesteretts dom 15. april 2021, HR-2021-797-A – som direkte omhandler foretaksstraff etter straffeloven § 27 – også får tilsvarende anvendelse for administrative sanksjoner som er å anse som straff etter EMK. Dette innebærer at overtredelsesgebyr ikke kan ilegges foretaket på objektivt grunnlag – altså uten at det kan identifiseres at noen som har handlet på foretakets vegne, har opptrådt forsettlig eller uaktsomt.
- (59) Det følger av Rt-2012-1556, avsnitt 63 at skyldkravet i konkurranseloven må forstås på samme måte som i strafferetten I straffeloven § 22 er forsett definert slik:

«Forsett foreligger når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud med hensikt, med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen, eller holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velge å handle selv om det skulle være tilfellet. Forsett foreligger selv om lovbrøyteren ikke er kjent med at handlingen er ulovlig, jf. § 26.»

- (60) Konkurransklagenemnda bemerker at dekningsprinsippet innebærer at forsettet må dekke den aktuelle gjerningsbeskrivelsen, og må dekke de faktiske forhold som medfører at de objektive vilkårene er brutt, tilsvarende som ved brudd på de materielle forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. Foretaket må ikke ha forstått at handlingen utgjør en overtredelse.⁹
- (61) Ved fastleggingen av dekningsprinsippet rekkevidde (gjerningsbeskrivelsen) ved anvendelsen av konkurranseloven § 29, jf. § 24, må man se nærmere på gjerningsbeskrivelsens innhold. Det er i § 29 definert som at foretaket som unnlater å etterkomme pålegg etter § 24, kan ilegges overtredelsesgebyr. Det er de faktiske forhold som gjør at vilkårene i gjerningsbeskrivelsen er oppfylt som skal dekkes av forsettet. Forståelsen av påleggets rekkevidde er etter Konkurransklagenemndas oppfatning et rettslig spørsmål og dermed ikke noe som skal dekkes av skylden.
- (62) Skylden må altså dekke hele det objektive gjerningsinnholdet i straffebudet. Det innebærer at man ikke kan straffes for forsettlig lovbrudd hvis man er i villfarelse om en faktisk omstendighet som har betydning for straffbarheten jf. straffeloven § 25, såkalt faktisk uvitenhet.¹⁰ Konkurransklagenemnda legger til grunn at det også gjelder et slikt krav på konkurranserettens område, sett i sammenheng med at forsettskravet skal gjelde tilsvarende.
- (63) Villfarelse som skyldes rettsuvitenhet kan kun straffes når uvitenheten er uaktsom jf. straffeloven § 26. Dette gjelder også på konkurranserettens område.¹¹

3.2.4 Konkurransklagenemndas vurdering

- (64) Konkurransklagenemnda legger som nevnt over til grunn at det foreligger en objektiv overtredelse av pålegget jf. konkurranseloven § 24.
- (65) Klager anfører at Konkurransetilsynets konklusjon om forsett primært skyldes at vurderingstemaet i vedtaket formuleres galt, som et spørsmål om hvorvidt St1 på avtaletidspunktet i 2018 var «klar over at leieavtalen med en [redacted] ga mulighet til å disponere både eiendom og det drivstofftekniske utstyret på Best Kyrksæterøra». At St1 var klar over disse omstendighetene bestrides ikke, men forsettet dekker ifølge klager ikke vilkårene i sanksjonsbestemmelsen. Ifølge klager må forsettet dekke vilkåret i sanksjonsbestemmelsen i § 24 om at avtalen må omfattes av det Konkurransetilsynet «krever» av opplysninger.

⁹ Linda Grønning, Jørn R.T. Jacobsen og Erling Johannes Husabø, Frihet, forbrytelse og straff: en systematisk framstilling av norsk strafferett, Bergen, 2015, s. 244 Se også Hjelmeng og Jacobsen – skyldkravet i konkurranseretten – mot et objektivt ansvar for systemsvikt?, Tidsskrift for rettsvitenskap, 2021/1, side 41. Se tilsvarende Gjendemsjø, "Skyldkravet i konkurranseretten. Hva må forsettet dekke?", i Tidsskrift for forretningsjuss 2021 nr. 2 side 242 til 243.

¹⁰ Se også Innst. O.nr. 72 (2004-2005) punkt 15.4. Innstilling om lov om straff (straffeloven)

¹¹ Gulatings dom Telenorsaken, LG-2019-137886-2 punkt 8, med henvisning til Konkurransklagenemndas vedtak KTKN-2019-34 avsnitt 528 og 529.

- (66) Dekningsprinsippet innebærer at de faktiske forhold forsettet skal dekke, er de faktiske forhold som tilsier at bestemmelsen i konkurranseloven § 29 jf. § 24 er brutt. Konkurransklagenemnda er ikke enig i klagers forståelse av hva som i dette tilfellet utgjør de faktiske forhold som skal dekkes av forsettet. I dette tilfellet er det tilstrekkelig at St1 må ha forstått eller holdt det for mest sannsynlig at det forelå et pålegg, og de faktiske omstendigheter som gjør at avtalen med Blakstad Eiendom AS utgjør en foretakssammenslutning, nærmere bestemt at St1 fikk mulighet til å utøve avgjørende innflytelse på forretningsmessige beslutninger knyttet til Best Kyrksæterøra samt at avtalen har lang varighet. Som redegjort for over, må ikke foretaket ha forstått at handlingen er ulovlig i overtredelsessaker, eller i dette tilfellet ha forstått det rettslige innholdet i pålegget. Sistnevnte er et rettslig spørsmål som forsettet ikke må dekke.
- (67) Klager anfører videre at Konkurransetilsynets tilnærming hadde vært riktig hvis saken i stedet handlet om brudd på f.eks. meldeplikten, og begrepet «foretakssammenslutning», som ifølge klager er en uvitenhet knyttet til en rettslig kvalifikasjon under loven. Konkurransklagenemnda er ikke enig i denne distinksjonen. Det rettslige kravet i konkurranseloven § 29 viser til konkurranseloven § 24, som angir påbudet. I dette tilfellet er påbudet det samme som det ville vært etter meldepliktsreglene i konkurranseloven § 17, som det også er henvist til i påbudet, og hvor innholdet nærmere er definert. Konkurransetilsynet har brukt samme begrep for å sikre at foretakssammenslutninger, hvor foretakenes omsetning er under terskelverdiene, også kan pålegges meldeplikt. Konkurransklagenemnda kan ikke se at det er avgjørende om kravet fremkommer av et påbud med hjemmel i § 24, eller lovens ordlyd. I begge tilfeller er det en tolkning av et rettslig krav, som forsettet ikke må dekke.
- (68) Klager har også anført at eventualitetsforsett (*dolus eventualis*), ikke omfattes av forsettsbegrepet i konkurranseloven § 29 første ledd. Konkurransklagenemnda trenger ikke å ta stilling til denne anførselen, da det uansett foreligger sannsynlighetsforsett, forutsatt at det ikke foreligger faktisk eller rettslig villfarelse.
- (69) St1 anfører videre at det foreligger faktisk uvitenhet, og at det derfor ikke foreligger forsett. Klager gjør gjeldende at Konkurransetilsynet har misforstått klagers anførsel og vurdert dette som rettsvillfarelse, uten at det er riktig.¹²
- (70) Klager viser til at St1 har misforstått innholdet og rekkevidden av pålegget på grunn av en språklig feiltakelse av begrepet «foretakssammenslutning». St1 har ikke forstått begrepet til å omfatte en leieavtale, slik begrepet også språklig sett henspiller på en sammenslutning mellom foretak (oppkjøp og fusjoner av og mellom foretak). Klager viser videre til blant annet en uttalelse i boken «Forbrytelser i utvalg», og fremhever et sitat hvor det fremkommer at «en villfarelse om disposisjonens rekkevidde (hva personen hadde samtykket til), må bedømmes som en faktisk uvitenhet og dermed utelukke straff for forsettlig forbrytelse». Hvis uvitenheten derimot angår forståelsen av generelle rettsregler om samtykkets virkninger, er det § 26 om rettsuvitenhet som gjelder.
- (71) At St1s forståelse av innholdet i begrepet foretakssammenslutning utgjør en språklig misforståelse, er en anførsel som ikke kan føre frem. Eksemplene som trekkes frem av klager kan Konkurransklagenemnda heller ikke se har overføringsverdi til nærværende sak. Spørsmålet om hva som er omfattet av uttrykket foretakssammenslutning i pålegget

¹² Kommentarer til Konkurransetilsynets innstilling 9. august 2021 s. 3.

er et rettslig tolknings spørsmål. Uvitenheten om dette er dermed ikke en faktisk villfarelse. Det er kun de faktiske omstendighetene som gjør at avtalen utgjør en foretakssammenslutning som skal dekkes av forsettet. Disse omstendighetene har klager erkjent at forsettet dekker.

- (72) Klager ser ut til å subsidiært anføre at det foreligger rettsvillfarelse.¹³ Det kreves særlige omstendigheter for at en rettsvillfarelse kan regnes som unnskyldelig, og dermed frigjørende.
- (73) Som uttrykt i juridisk teori må utgangspunktet være – til tross for at konkurransereglene er kompliserte og vanskelig å ha fullstendig oversikt over – at «[...] *det skal mye til for at den som driver yrkesmessig virksomhet skal bli frifunnet på grunn av mangelfull kjennskap til de regler som gjelder for virksomheten*».¹⁴ Prinsippet er begrunnet i hensynet til rettsreglernes effektivitet. Det kan riktignok ikke helt utelukkes at rettsvillfarelse om overtredelser av konkurranseloven kan finnes unnskyldelig i helt spesielle tilfeller.
- (74) Det foreligger etter Konkurransklagenemndas vurdering uansett ikke grunnlag for å konstatere aktsomhet, da St1 ikke gjorde noe for å nærmere klarlegge innholdet i påbudet fra Konkurransetilsynet. Etter nemndas syn må man kunne kreve at når et foretak som St1 mottar et slikt informasjonspåbud, at foretaket nærmere vurderer og undersøker omfanget av påbudet. Dette kunne vært gjort med enkle grep ved å kontakte Konkurransetilsynet, som i påbudet hadde oppgitt kontaktinformasjon til ansatte med navn og telefonnummer. Eventuelt kunne St1 kontaktet en advokat med kunnskap om konkurranserett. Klager erkjenner også at dette kunne vært gjort, og at St1 da ville fått informasjon om at avtalen ville vært omfattet av påbudet.
- (75) Konkurransklagenemnda legger derfor til grunn at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at St1 eller noen som har handlet på St1s vegne må anses for å ha opptrådt forsettlig.
- (76) Konkurransklagenemnda finner derfor at også de subjektive vilkårene for ileggelse av overtredelsesgebyr er oppfylt jf. konkurranseloven § 29 jf. § 24.

3.3 Utmåling

3.4 Rettslig utgangspunkt

- (77) Konkurransklagenemnda har funnet det bevist at klager forsettlig har brutt konkurranseloven § 24.
- (78) Konkurransklagenemnda skal i det følgende ta stilling til spørsmålet om ileggelse av overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a.
- (79) Det fremgår av bestemmelsen at «[e]t foretak [...] kan» ilegges overtredelsesgebyr ved overtredelse av en rekke bestemmelser, herunder konkurranseloven § 24.

¹³ Kommentarer til Konkurransetilsynets innstilling 9. august 2021 s. 3.

¹⁴ Evensen/Sæveraas, Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer, 2009, side 754.

Tilsvarende er lagt til grunn i nemnda i *Telenor-vedtaket*, KTKN-2019-34 avsnitt 528 og 529, og Gulating lagmannsrett har sluttet seg til nemndas premisser i Gulatings dom i samme sak, LG-2019-137886-2 punkt 8.

- (80) Konkurranseloven § 29 andre ledd angir at det ved fastsettelse av gebyrets størrelse, skal legges særlig vekt på «foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet».
- (81) Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr av 11. desember 2013 nr. 1465 (heretter «utmålingsforskriften») supplerer bestemmelsen, og gir nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr. Utmålingsforskriften angir i § 3 andre ledd en rekke forhold som det særlig skal tas hensyn til ved overtredelsens grovhet, mens det i tredje til sjette ledd angis momenter som det kan legges vekt på i utmålingen. Det følger av forarbeidene til konkurranseloven at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS-konkurranseretten, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 118. I rettspraksis er det lagt til grunn at hensynene til harmonisering med EU-retten står sentralt.¹⁵
- (82) Innledningsvis bemerker Konkurransklagenemnda at reglene for utmåling av overtredelsesgebyr gir Konkurransetilsynet en betydelig skjønnsfrihet, for å sikre at nivået i utmålingen, ut fra både individualpreventive og allmennpreventive hensyn, fører til en effektiv håndheving av konkurransereglene. Ulikheter i faktum fra sak til sak, endringer i rettsutviklingen og rettsoppfatninger vil kunne gi grunnlag for å fravike tidligere utmålingspraksis. Det er sikker rett at foretakene ikke kan ha berettigede forventninger om at visse typer overtredelser vil bli sanksjonert med overtredelsesgebyr på et på forhånd definert nivå, og at bøtenivået skal kunne tilpasses de krav som konkurransepolitikken til enhver tid stiller.¹⁶
- (83) En tilsvarende skjønnsfrihet tilligger Konkurransklagenemnda og domstolene ved eventuell overprøving av vedtak. Hverken nemnda eller domstolene er bundet av Konkurransetilsynets utmåling eller de retningslinjer som utmålingen måtte være basert på, og nemnda må foreta en selvstendig utmåling i lys av alle omstendigheter i saken, basert på det faktum nemnda har funnet bevist, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd.

3.5 Konkurransklagenemndas vurdering

3.5.1 Omsetningen som danner utgangspunkt for utmålingen

- (84) Konkurransetilsynet har i vedtaket tatt utgangspunkt i konsernomsetningen til St1 Nordic Oy for regnskapsåret 2020, som utgjorde 4 923 millioner euro, tilsvarende 52,7 milliarder kroner. Konkurransetilsynet vektlegger at St1 Norge er en del av et konsern med svært høy omsetning og at det bør reageres med gebyr av en slik størrelsesorden at det skal være merkbart og derfor ha den tilsiktede preventive effekten.
- (85) Det fremgår av konkurranseloven § 29 at overtredelsesgebyr skal ilegges det «foretak» som har begått en overtredelse. Etter utmålingsforskriften § 2 første ledd bokstav d kan Konkurransetilsynet ilegge overtredelsesgebyr på inntil én prosent av «foretakets omsetning» dersom foretaket eller noen som handler på vegne av foretaket forsettlig eller uaktsomt har «unnlatt å etterkomme pålegg etter [...] § 24».
- (86) I konkurranseloven § 2 defineres foretak som «enhver enhet» som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet. Dette skal tolkes i samsvar med foretaksbegrepet i EU/EØS-retten og vil være underlagt rettsutviklingen der.¹⁷ Etter praksis i EU er det en

¹⁵ Jf. lagmannsrettens dom, LB-2018-161470, *Forlagssaken*, med videre henvisninger til Høyesteretts dom i *Brosaken*, avsnittene 71–73.

¹⁶ Sak C-549/10 P, *Tomra Systems ASA m.fl.*, avsnitt 104–106, med videre henvisninger.

¹⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), side 34.

presumsjon for at morselskapet utøver avgjørende innflytelse over datterselskapets forretningsstrategi, noe som datterselskapet eventuelt kan tilbakevise.¹⁸

- (87) I klagers tilsvare til Konkurransetilsynets varsel i saken, bestrider ikke klager at det kan tas utgangspunkt i hele konsernomsetningen til St1 i Norge. Det anføres imidlertid at Konkurransetilsynet ikke kan legge hele konsernomsetningen til grunn som utgangspunkt for utmålingen av overtredelsesgebyret. Klager viser til at det i henhold til Kommisjonens retningslinjer¹⁹ bare skal tas utgangspunkt i omsetningen i det relevante markedet som er berørt av overtredelsen. Retningslinjene gjelder for overtredelse av reglene om konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling, men ifølge klager det gir liten mening å anvende utmålingsreglene på en strengere måte ved brudd på opplysningsplikten enn de nevnte typen overtredelser.
- (88) I utmålingsforskriften § 3 angis momenter som henholdsvis kan og skal vektlegges i utmålingen. Det skilles her mellom overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11, og andre overtredelser. Ved overtredelser av §§ 10 eller 11 skal det anvendes en såkalt tottrinnsmodell, der det som første trinn skal tas utgangspunkt i «*omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området for det siste hele regnskapsåret foretaket deltok i overtredelsen*». Bestemmelsen gir ikke anvisning på bruk av noen tilsvarende tottrinnsmodell ved overtredelser som ikke gjelder §§ 10 og 11. Kommisjonens retningslinjer for beregning av bøter, 2006/C 210/02, som også foreskriver anvendelse av tottrinnsmodellen, er begrenset til å gjelde de samme overtredelsene som konkurranseloven §§ 10 og 11 gjelder.
- (89) Det er dermed klart at tottrinnsmodellen ikke skal benyttes i vår sak, som ikke gjelder de nevnte typene overtredelser. Dette har støtte i juridisk litteratur²⁰ og rettspraksis, der hensynet til preventiv virkning er fremhevet.²¹ Det er da riktig å ta utgangspunkt i konsernomsetningen til St1 Nordic Oy for regnskapsåret 2020, som utgjorde 4 923 millioner euro, tilsvarende 52,7 milliarder kroner.

3.5.2 Øvrige momenter

- (90) Som nevnt ovenfor skal det etter konkurranseloven § 29 legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet. I vurderingen av overtredelsens grovhet skal det særlig tas hensyn til overtredelsens art, overtredelsens faktiske innvirkning på markedet, størrelsen på det berørte markedet, utvist skyld, den kombinerte markedsandelen til de berørte foretak og om avtaler eller tiltak er gjennomført, jf. utmålingsforskriften § 3 første ledd. Etter andre ledd kan det blant annet også legges vekt på om foretaket ved instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen og overtredelsesgebyrets preventive virkning.
- (91) Konkurransklagenemnda legger vekt på at St1 Nordic Oy har høy omsetning og er et stort konsern med god kjennskap til markedet. Gebyret må derfor være av en viss

¹⁸ Forente saker C-97/08 P, *AKZO Nobel m.fl.*, avsnitt 60, samt sakene C508/11 P, *Eni*, avsnitt 47 og T-419/14, *Goldman Sachs Group*, avsnitt 51. Se også sak C-97/08 P, *AKZO Nobel m.fl.*, avsnitt 61.

¹⁹ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 OJ 2006 C 210/2.

²⁰ Rousseva, *EU Antitrust Procedure*, 2020, side 516-517.

²¹ COMP/M.7217, *Facebook/Whatsapp*, der Regulation (EC) No 139/2004, artikkel 6(1) anvendes.

størrelse for å få tilstrekkelig preventiv effekt.²² Klager var pålagt en opplysningsplikt på bakgrunn av at det aktuelle markedet var konsentrert, og at Konkurransetilsynet så et behov for å kunne vurdere foretakssammenslutninger i markedet. I utgangspunktet vil brudd på en slik opplysningsplikt være alvorlig, ettersom det kan få følger for konkurransen i markedet. Klager gjennomførte ervervet, og opplyste ikke Konkurransetilsynet om dette før etter at avtalen ble gjennomført, og først seks måneder etter at leieavtalen ble inngått.

- (92) Konkurransesklagemennda legger imidlertid til grunn Konkurransetilsynets opplysninger om at den aktuelle overtredelsen klart ikke har hatt virkninger for konkurransen. Dette tilsier at overtredelsen ikke er særlig grov. Klager opplyste på eget initiativ om ervervet, noe som også begrenser overtredelsens grovhet.
- (93) Konkurransesklagemennda har kommet til at overtredelsen skjedde forsettlig, men nemnda tillegger dette begrenset betydning i denne saken, ettersom overtredelsen ikke har hatt noen virkning, og at St1 selv opplyste om ervervet så snart St1 oppdaget at det var en opplysningsplikt overfor Konkurransetilsynet om en slik leieavtale.
- (94) Konkurransesklagemennda legger etter dette til grunn at overtredelsen ikke er grov. Som vist legger Konkurransesklagemennda også vekt på gebyrets preventive virkning. Nemnda legger videre vekt på at klager ved å kontakte Konkurransetilsynet eller sin advokat, lett ville ha fått rede på at det forelå opplysningsplikt knyttet til det aktuelle ervervet.
- (95) Konkurransetilsynet har utmålt et gebyr på 3 000 000 kroner. Dette utgjør 0,0056 prosent av St1 Nordic Oys omsetning. Den lave prosentsatsen innebærer at det utmålte gebyret fremstår som svært moderat sammenlignet med det relative nivået for utmåling i saker om administrative overtredelser i EU.²³ Konkurransesklagemennda kan ut fra en samlet vurdering ikke se at det foreligger holdepunkter i saken for å fravike Konkurransetilsynet skjønnsmessige utmåling av overtredelsesgebyret.
- (96) Overtredelsesgebyret opprettholdes etter dette til 3 000 000 kroner.

4 Avgjørelse

- (97) Konkurransesklagemennda fatter etter dette følgende vedtak:

St1 Norge AS ilegges et overtredelsesgebyr på kroner 3 000 000 – tre millioner kroner – for brudd på opplysningsplikten.

Klagen tas ikke til følge.

Avgjørelsen er enstemmig.

Dokumentet er godkjent elektronisk

²² Kommisjonen har vektlagt dette momentet i COMP/M.7184, *Marine Harvest*, avsnitt 206, opprettholdt av Underretten i sak T-704/14, og COMP/M.4994, *Electrabel*, avsnitt 226. Sakene gjelder brudd på gjennomføringsforbudet og har dermed likhetstrekk med vår sak, der det forelå en opplysningsplikt.

²³ Se for eksempel COMP/B-1/39.326 *E.ON Energi AG*, opprettholdt i T-141/08 og C-89/11 P, og COMP/39793 *EPH*, opprettholdt i T-272/12.